

PROCESSO - A. I. Nº 206894.0057/07-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ARISTIDES CARDOSO DOS SANTOS (ARMAZÉM ARISTIDES)
RECUSRO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 05/06/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0131-11/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), pela impossibilidade de se exigir do autuado o valor do tributo, se as mercadorias apreendidas foram por ele abandonadas em favor da Fazenda Estadual. A relação jurídica existente entre o Estado (sujeito ativo) e o depositário infiel tem natureza civil e não tributária, cabendo a propositura da competente Ação de Depósito. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação conduzida a este CONSEF pela PGE/PROFIS, na qual o procurador Assistente Dr. José Augusto Martins Júnior apresenta à apreciação a pretensão de nulidade, por seu acolhimento sem reservas do Parecer exarado às fls. 21/25 dos autos pela i. procuradora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, relativo ao Auto de Infração em tela, o qual acusou da falta de recolhimento do ICMS e da multa, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, tendo-se verificado que as mercadorias adquiridas para comercialização e vindas de outra unidade da Federação foram destinadas a contribuinte com inscrição cancelada, baixada e/ou suspensa.

Apontado nos autos que as mercadorias foram apreendidas e depositadas sob responsabilidade da Transportadora Tegen Valenti S/A.

Consoante Parecer elaborado pelas ilustres procuradoras, as Dras. Paula Gonçalves Morris Matos, Maria Dulce Baleeiro Costa e Dra. Ângeli Guimarães Feitosa, representam a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3956 de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), aventando o art. 113 do RPAF/99 o qual consigna competência na efetuação do controle da legalidade em momento que antecede a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa do Estado.

Apontam os arts. 940, VI, e 950, I e II do RICMS/BA, da leitura dos quais enseja entender como abandonadas às mercadorias, se o contribuinte não solicitar a respectiva liberação, ou não pagar o débito ou ainda não impugnar a autuação nos prazos regulamentares, seja em sede administrativa ou judicial.

Em seguida a estas fases, caberá ao Fisco dispor livremente das mercadorias para saldar o crédito tributário, podendo levá-las a leilão.

Destacam que depois de intimado, o contribuinte manteve-se inerte, e o fiel depositário não tendo devolvido no prazo regulamentar as mercadorias objeto da apreensão, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para o exercício do controle da legalidade e a inscrição na Dívida Ativa do Estado.

Na apreciação da ocorrência compreendida nestes autos, opinam as i. procuradoras que se o contribuinte abandonou as mercadorias apreendidas, não poderá ser novamente demandado pela mesma obrigação, e que o Estado ao decidir-se pela apreensão e manutenção das mercadorias,

automaticamente renuncia a cobrança judicial do autuado, dadas essas opções serem inconciliáveis e reciprocamente excludentes. Caso contrário, estar-se-ia cobrando o indébito por duas vezes, autêntico “bis-in-idem”.

Isto posto, submetem o Parecer à apreciação do chefe da Procuradoria Fiscal da PGE/PROFIS antes do encaminhamento ao Conselho de Fazenda.

Em sede de revisão dos processos que antecedem a inscrição em Dívida ativa, a i. procuradora Dra. Maria Olívia Teixeira de Almeida acompanha o Parecer exarado nos autos, haja vista que o crédito em questão é insusceptível de cobrança pela via do executivo fiscal, não se podendo compelir o autuado a pagar o débito.

Considera a ilustre procuradora que:

- 1) O depósito das mercadorias em poder de terceiro ocorreu sem a anuência do autuado;
- 2) A relação jurídica travada com o Estado extinguiu-se quando as mercadorias foram abandonadas, restando assim o autuado desobrigada ao pagamento do débito;
- 3) A desobediência do depositário à entrega das mercadorias, autoriza propor competente ação de depósito pela PGE/PROFIS com vistas a solução da questão ora proposta.

Em Despacho às fls. 27/31 dos autos, o i. procurador Assistente da PGE/PROFIS, em face da nomeação conferida, conforme art. 46, II da Lei nº 8207/2002, acolhe sem reservas o Parecer que concluiu pela interposição de Representação ao CONSEF, em face da expropriação de bens do autuado, conforme Termo de Apreensão nº 2113190013/07-8.

Observa que a propugnação pela declaração de nulidade do lançamento de ofício tem arrimo nas conclusões tracejadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, cuja conclusão foi devidamente homologada pelo Procurador Geral do Estado.

Dentre as conclusões aventadas, de conformidade à itemização posta nas conclusões do Grupo de Trabalho citado, destacam-se aquelas a seguir transcritos;

- e) Renúncia das mercadorias objeto de depósito, de acordo com art. 109, §7º do COTEB, e art. 957, II do RICMS/BA, ensejam a extinção do crédito tributário, competindo à PGE/PROFIS representar ao CONSEF nesse sentido;
- f) No caso de, em sendo depositário terceiro, e não devolvidos os bens ao fisco, é cabível a ação de depósito;
- g) Não há que se falar em cumulação de ação de depósito com a execução fiscal, consoante COTEB e RICMS/BA citados acima em e);
- h) Sugere-se cumprir a previsão legislativa de intimar o autuado para receber as mercadorias apreendidas e manifestar, se for o caso, sua renúncia aos bens, de conformidade ao art. 109, § 7º do COTEB; dar prazo certo para essa manifestação, levando em conta a particularidade de quando tratar-se de produtos perecíveis; promover advertência legal de que, na falta de manifestação dentro do prazo concedido, conduzirá à presunção do abandono dos bens apreendidos e consequente processo do leilão administrativo.

VOTO

Observo à fl. 06, que o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 2113190013/07-8, emitido pela Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito na DAT/METRO, é relativo à acusação da promoção de circulação de mercadorias, conforme Nota Fiscal nº. 90428 destinadas a contribuinte com irregularidade no cadastro, por cancelado, baixado e/ou suspenso, e se tratam de mercadorias tributáveis, vindas de fora do Estado, sem antecipar o imposto devido.

O autuado manteve-se silente, e por Decisão unilateral do Estado, foram as mercadorias dadas em mãos da Transportadora Tegon Valenti S/A, situada em Simões Filho, BA, constituindo a mesma como fiel depositária.

Resta patente nos autos o perdimento das mercadorias, por Decisão do fisco, não podendo o Estado intentar ação de execução fiscal contra o autuado, pois que ao alvedrio do fisco foram as mercadorias entregues a terceiro o qual figura como fiel depositário. Essa execução caracterizaria “bis-in-idem”, dado que já satisfeito, pelo perdimento, o crédito fiscal lançado contra o autuado.

Concordo serem reciprocamente excludentes, leilão fiscal e propositura de execução fiscal contra o autuado, desobrigado que está pelo perdimento das mercadorias que constituíram o objeto da infração em comento.

Resta intentar ação civil contra o fiel depositário de conformidade ao expressado na representação em análise. ACOLHO a representação promovida para fins de declarar a EXTINÇÃO do crédito tributário do PAF de conformidade com o Parecer exarado pela procuradora Dra. Maria Olívia Teixeira de Almeida e, não para fins de declaração de nulidade como foi sugerido pelo procurador assistente.

VOTO EM SEPARADO

Em que pese termos votado com o relator pelo acolhimento da Representação em epígrafe, entendemos necessário pontuarmos que nossa posição sempre foi contrária ao acatamento das representações interpostas pela PGE/PROFIS na hipótese dos autos, pois como ressaltamos nos votos que proferimos pelo não acolhimento da tese defendida pela procuradoria, “*que impossibilitado o leilão pela não entrega das mercadorias pelo depositário ou por não ter sido o débito tributário pago pelo sujeito passivo, o processo deverá ser inscrito em dívida ativa, pois não satisfeito o crédito tributário. Apenas estará desobrigado o sujeito passivo, por força de norma da legislação baiana, se, ocorrido o leilão (ou seja, tenha havido a entrega da mercadoria pelo depositário), o valor apurado seja insuficiente, ou caso não tenha havido a arrematação, seja a mercadoria distribuída a entidades de assistência social e de educação*”. Nos referidos votos também ressaltamos que “*não satisfeito o crédito tributário exigido no presente lançamento de ofício, e nem presentes as hipóteses previstas no art. 957 e 956 do RICMS, que desobrigariam o sujeito passivo, devendo o Auto de Infração ser inscrito em dívida ativa e ajuizada a competente ação de execução, sem prejuízo da ação cível contra o depositário infiel que, como bem frisou a PGE/PROFIS, tem natureza diversa da relação tributária entre o Fisco e o sujeito passivo, e onde se busca tão somente indenização pelo descumprimento do dever de bem guardar o que lhe foi confiado*”.

Também frisamos que, diante da norma expressa no inciso II, §4º do art. 950, “*...é necessário consignar que o intuito de se levar a leilão a mercadoria apreendida, nada mais é do que a busca da satisfação do crédito tributário através da sua quitação, não satisfeito pelas vias normais, o que extinguiria o referido crédito pelo pagamento. Não satisfeito o crédito pela via alternativa do leilão, remanesce a relação jurídica tributária, cabendo a cobrança do crédito tributário não satisfeito ao sujeito passivo desta relação. E de fato, caso não ocorra o pagamento do débito pelo sujeito passivo e nem seja entregue pelo depositário, ao fisco, as mercadorias em seu poder, o lançamento de ofício deve ser encaminhado à Procuradoria da Fazenda para cobrança do débito tributário e demais providências*”.

Ocorre que através da Alteração nº 119 ao RICMS/BA – processada através do Decreto nº 11.523, de 06/05/09, DOE de 07/05/09 – inseriu-se regra no seu art. 949, abaixo transcrito, determinando que as mercadorias apreendidas serão consideradas abandonadas, ficando desobrigado o devedor e **extinto o crédito tributário (sic)**, quando não for solicitada a liberação ou depósito de mercadoria de rápida deterioração ou perecimento no prazo previsto no § 2º do art. 947 (48 horas),

regra que já existia anteriormente, ou, **esta regra nova**, quando não ocorrer o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houver impugnação do débito.

“Art. 949. As mercadorias apreendidas serão consideradas abandonadas, ficando desobrigado o devedor e extinto o crédito tributário, quando:

I - não for solicitada a liberação ou depósito de mercadoria de rápida deterioração ou perecimento no prazo previsto no § 2º do art. 947;

II - não ocorrer o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houver impugnação do débito.” Grifos nossos.

Registre-se que foram ainda revogados os artigos 957 e 956 do mesmo diploma regulamentar e os demais dispositivos que tratavam do leilão efetuado pela SEFAZ, inclusive o inciso II, §4º do art. 950.

Assim, muito embora o regramento acima transcrito inexoravelmente não se coadune com o ordenamento jurídico ao criar hipótese de extinção de crédito tributário não prevista no Código Tributário Nacional - ao qual compete, como lei complementar que é, disciplinar as normas gerais de direito tributário, nos termos do art. 146, III da Constituição Federal - encontramos impedidos, por força da determinação contida no art. 167, III do RPAF/BA, abaixo transcrito, a negar vigência a tal ato normativo, o que nos levou a votar pelo acolhimento da Representação proposta nos seus termos, embora, frise-se, discordemos frontalmente da mesma.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta para declarar **EXTINTO** o crédito tributário referente ao Auto de Infração nº **206894.0057/07-7**, lavrado contra **ARISTIDES CARDOSO DOS SANTOS (ARMAZÉM ARISTIDES)**. Devem os autos ser remetidos ao setor judicial da PGE/PROFIS, visto que valerão como prova das alegações formuladas contra o depositário na ação de depósito a ser contra si promovida.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

SANDRA URÂNIRA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS